

AS EMPRESAS PÚBLICAS FRENTE A CONSTITUIÇÃO DE 1988

João Batista Gomes Moreira (*)

Examinou o tema que me foi proposto partindo da regra estabelecida pelo art. 173, § 1º, da Constituição: «A empresa pública, a sociedade de economia mista e outras entidades que explorem atividade econômica sujeitam-se ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas e tributárias».

Trata-se, essa disposição constitucional, de uma repetição do que já era regra expressa na Constituição anterior, que, no art. 170, § 2º, estabelecia: «Na exploração, pelo Estado, da atividade econômica, as empresas públicas e as sociedades de economia mista reger-se-ão pelas normas aplicáveis às empresas privadas, inclusive quanto ao direito do trabalho e ao das obrigações». E acrescentava o § 3º: «A empresa pública que explorar atividade não monopolizada ficará sujeita ao mesmo regime tributário aplicável às empresas privadas».

A compreensão da norma constitucional parece, à primeira vista, simples, se levarmos em conta que o art. 5º, II, do Decreto-Lei n. 200/67 conceitua *empresa pública* como «a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, com patrimônio próprio e capital exclusivo da União, criada por lei para exploração de atividade econômica que o Governo seja levado a exercer por força de contingência ou de conveniência administrativa, podendo revestir-se de qualquer das formas admitidas em direito».

Aparentemente, então, toda *empresa pública* se dedicaria à *atividade econômica* e, por via de consequência, sujeitar-se-ia, exclusivamente, ao regime jurídico das *empresas privadas*.

Todavia, essa aparente simplicidade encobre a tormentosa constatação de que empresas públicas têm sido criadas não só para exploração de *atividades econômicas stricto sensu* como para a prestação de *serviços públicos*, as duas espécies de atividade, às vezes, sendo desempenhadas dentro da mesma entidade.

Surge então o problema de se definir o que é *atividade econômica* e o que é *serviço público*; saber se as empresas dedicadas simultaneamente a ambas as atividades obedecem a um ou a outro regime jurídico; se as empresas dedicadas a *atividades econômicas* típicas

(*) Juiz Federal da 2ª Vara da Seção Judiciária de Goiás

sujeitam-se à disciplina constitucional da administração indireta; qual o resultado prático da diferenciação.

II — Atividade econômica e serviço público

A distinção entre *atividade econômica* e *serviço público* é a primeira dificuldade a ser enfrentada. Para concluir o quanto é controvertida a questão, basta ver que especialista do porte de Celso Antônio Bandeira de Mello entende que a *Caixa Econômica Federal*, inicialmente uma autarquia, foi criada para a prestação de *serviço público* e não para a realização de *atividade econômica* (in *Prestação de Serviços Públicos e Administração Indireta*, SP., RT, 1987, 2ª ed., pág. 138).

As atividades do Estado se ampliaram modernamente, fruto do neoliberalismo que emergiu das revoluções industrial e social e das transformações econômicas provocadas pelas grandes guerras.

Na concepção do liberalismo clássico, o Estado não deveria intervir na atividade econômica. Acontece que a revolução industrial, colocando à disposição do homem uma série de bens materiais nunca antes imaginados, por um lado aumentou as suas expectativas e, por outro, gerou o capitalismo descontrolado e a crise social pela má distribuição dos benefícios, origem das diversas correntes e movimentos socialistas.

Para democratizar a satisfação dessas necessidades, o Estado assumiu papéis que, na concepção clássica, eram atribuídos exclusivamente à iniciativa privada e passou a intervir para regular as leis do mercado. Surgiu, então, o Estado-empresário, a executar, ao lado das tarefas típicas, atividades *comerciais e industriais*, sob regime *contratual*.

As Constituições adotaram, a partir daí, um capítulo dedicado à *ordem econômica e social*, sendo a primeira delas a Constituição do México, de 1917, seguida da Constituição de Weimar, de 1919. No Brasil, a disciplina específica da *ordem econômica e social* surgiu com a Constituição de 1934.

Antes da diferenciação entre *serviços públicos* e *atividades econômicas* «*stricto sensu*», há uma primeira a ser feita entre duas categorias de atividades essenciais. Certas atividades são originariamente, historicamente, típicas do Estado, pois são elas que justificam sua própria existência, como a atividade legislativa, a justiça, a segurança interna e externa, a emissão de moeda, a diplomacia. É nessas funções que está presente a manifestação máxima do poder de império. Há outras, porém, que, menos essenciais, nem por isso deixam de ser serviços públicos típicos do Estado, prestados em virtude de lei (não de contrato), de caráter mais ou menos obrigatório, sem as características de *indústria* ou *comércio* e, no nosso sistema, quando específicos e divisíveis, podendo dar origem à cobrança de um tributo denominado *taxa* (não *preço público*). Saber quais são esses serviços menos essenciais, mas típicos do Estado, depende do exame de cada sistema jurídico, do grau de importância atribuído às atividades estatais pela Constituição. No nosso sistema, poderiam ser citados os serviços de higiene e saúde pública, de polícia administrativa e de educação, este (de educação) e os de saúde, embora prestados também pela iniciativa privada, quando o são pelo Estado, assumem regime jurídico de direito público, em virtude da destacada importância que lhes atribuiu o constituinte.

As tarefas essenciais do Estado são exercidas, em regra, pelo Poder Central, pessoas jurídicas públicas com autonomia política e administrativa, e pelas entidades autárquicas, pessoas jurídicas com autonomia apenas administrativa, nestas incluídas, no nosso sistema, as fundações de direito público. Disse *em regra* porque há casos, excepcionalmente, de autarquias desempenhando atividade comercial, e a própria Constituição admite essa possibilidade, ao prever que a imunidade de impostos, estendida às autarquias e fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, não se aplica ao patrimônio, à renda e aos serviços relacionados com a exploração de atividades econômicas regidas pelas normas aplicáveis a empreendimentos privados, ou em que haja contraprestação ou pagamento de preços ou tarifas pelo usuário (art. 150, § 3º).

Outras atividades há que poderíamos chamar de *utilidade pública*, de natureza comercial ou industrial (empresarial), que o constituinte atribuiu expressamente ao Estado.

No caso brasileiro, são atribuídos à União o Serviço Postal e o Correio Aéreo Nacional, os serviços de telecomunicações, de energia elétrica, de navegação aérea, aeroespacial e de infraestrutura aeroportuária, de transporte ferroviário e aquaviário entre portos brasileiros e fronteiras nacionais ou que transponham os limites de Estado ou Território, de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros, de portos marítimos, fluviais e lacustres (art. 21). Ao Município cabe prestar serviços de interesse local e, expressamente, o transporte coletivo, além dos serviços de educação pré-escolar e fundamental, de saúde e de proteção do patrimônio histórico-cultural (art. 30). Ao Estado compete os serviços remanescentes da competência federal e municipal e, especificamente, os serviços locais de gás canalizado (art. 25). Por outro lado, é competência comum da União, dos Estados e dos Municípios cuidar da saúde e da assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência, da proteção de documentos, obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, de monumentos, de paisagens naturais notáveis e dos sítios arqueológicos, dos meios de acesso à cultura, à educação e à ciência, da proteção ao meio ambiente, da preservação de florestas, fauna e flora, do fomento à produção agropecuária e da organização do abastecimento alimentar, da promoção de programas de construção de moradias e de melhoria das condições habitacionais e de saneamento, do combate às causas da pobreza e marginalização, do registro e fiscalização das concessões de direito de pesquisa e exploração de recursos hídricos e minerais, da educação para segurança do trânsito (art. 23).

Tais serviços, nas três esferas, serão prestados diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação (art. 175).

Muitos deles, ou quase todos, têm natureza econômica, ou são prestados tendo em vista atividades econômicas, tomando o termo *economia* em seu sentido amplo, como *aproveitamento de recursos escassos para a satisfação de necessidades humanas*. Mas nenhum, mesmo prestado por empresa pública ou sociedade de economia mista, enseja a aplicação de regime jurídico idêntico ao das empresas privadas.

Dai concluir-se, como faz o Ministro Carlos Mário Velloso, que «atividade econômica é expressão que deve ser tomada em dois sentidos — enquanto gênero, compre-

dendo duas modalidades (serviço público e atividade econômica em sentido estrito); enquanto espécie, ao lado de serviço público, se integra no gênero atividade econômica». («Empresas Estatais: Responsabilidade e Controle», RDP 85/85).

Em relação à União é fácil saber quando uma atividade é *serviço público*, pois sua competência vem expressa. Já o mesmo não acontece com os Estados e Municípios, salvo, no que diz respeito às atribuições comuns às três entidades e a algumas enumeradas especificamente. No caso de serviço do Estado-membro ou Município não enumerado explicitamente, deve-se buscar saber se a competência não estaria implícita, a partir do grau de interesse público que envolve. Fora daí, a ação do legislador na criação de um serviço é discricionária, sujeita a controle apenas em função do *princípio da razoabilidade*. Conforme ensina *Hely Lopes Meirelles*, «fora da generalidade não se pode, em doutrina, indicar as atividades que constituem *serviço público*, porque variam segundo as exigências de cada povo e de cada época. Nem se pode dizer que são as atividades coletivas vitais que caracterizam os serviços públicos, porque ao lado destas existem outras, sabidamente dispensáveis pela comunidade, que são realizadas pelo Estado como *serviço público*». (*Direito Administrativo Brasileiro*, SP., RT., 1989, 14ª ed., pág. 289).

Celso Antônio Bandeira de Mello (*Op. cit.*, pág. 22), partindo da constatação de que a Constituição não define o que sejam *atividades econômicas*, acrescenta: «Em consequência, remanesce ao legislador ordinário um largo campo para qualificar certas atividades como *serviços públicos*, no que indiretamente gizaré, por exclusão, a área configurada como das *atividades econômicas*. É lógico que, a despeito desta larga margem de liberdade, não há, para o legislador, liberdade absoluta. À falta de uma definição constitucional, há de se entender que o constituinte se remeteu ao sentido comum da expressão, isto é, ao prevalente ao lume dos padrões de cultura de uma época, das convicções predominantes na sociedade».

A finalidade da norma em questão (art. 173, § 1º) é a preservação do princípio da livre iniciativa, princípio este que deve sempre orientar a solução das situações concretas.

Cito como exemplo a construção, pelo Município de Manaus, de um edifício de garagens no centro comercial da cidade, com a finalidade de locação das respectivas vagas. Trata-se, à evidência, de um empreendimento de natureza empresarial, comercial e privada, e não de *serviço público*. Já diferente seria a disciplina dos estacionamentos em vias públicas, inclusive podendo dar origem à cobrança de *taxa de utilização*.

III — Empresa pública e disciplina constitucional

A inclusão das empresas públicas dedicadas a atividades econômicas *stricto sensu* na categoria de *administração indireta*, efetuada pelo Decreto-Lei n. 200/67, segundo Celso Antônio Bandeira de Mello é indevida. Comentando o assunto no regime da Constituição anterior, assim se expressou:

«Ora, a noção que formulamos de administração descentralizada, isto é, de administração indireta, sob certo aspecto abrange mais que a noção de administração indireta adotada pela legislação federal (pois compreende as concessionárias de serviço público, alheias à sistematização federal em causa) e, sob outro

aspecto, abrange menos (posto que não abarcamos na categoria *administração indireta* senão as sociedades de economia mista e empresas públicas prestadoras de serviço público» (*Op. cit.*, pág. 29).

É certo, porém, que a Constituição anterior não fazia — e a atual não faz — distinção entre as duas espécies de empresas ao submetê-las, ambas, à disciplina própria da Administração Pública, considerando, para esse tratamento, apenas o fato de serem constituídas com capital público. Seja qual for a finalidade da empresa pública, está incluída, pela Constituição, na categoria de *administração indireta*. É irrelevante, para esse fim, a classificação como *prestadora de serviço público* ou como *econômica* em sentido estrito.

Assim, mesmo as *empresas públicas* que exercem atividades econômicas «*stricto sensu*» se subordinam às regras e princípios constitucionais aplicáveis à *administração pública*, dentre os quais: a) caracterização de inelegibilidade por abuso no exercício de função, cargo ou emprego, inclusive na administração indireta, art. 14, § 9º; b) sujeição à legislação federal sobre normas gerais de licitação e contratação na Administração Pública, art. 22, XXVII; c) perda de mandato de Governador que assumir outro cargo, ressalvada a posse em virtude de concurso público, art. 28, parágrafo único; d) princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade, art. 37, *caput*; e) isonomia para o preenchimento de cargos, empregos e funções, art. 37, I; f) concurso público de provas ou de provas e títulos, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão, art. 37, II; g) vedação de acumulação remunerada de cargos públicos, salvo as exceções constitucionais, art. 37, XVI e XVII; h) criação somente por lei, art. 37, XIX e XX; i) licitação pública, art. 37, XXI; j) fiscalização e controle pelo Congresso Nacional, art. 49, X; l) impedimentos para Deputados e Senadores, art., 54 e 70; m) julgamento das contas, inspeção, auditorias e apreciação da legalidade de atos de admissão de pessoal e aposentadoria, pelo Tribunal de Contas da União, art. 71, II a IV; n) orientação, coordenação e supervisão por Ministro de Estado da área, art. 87, I; o) competência da Justiça Federal para as causas de natureza cível e criminal, art. 109, I e IV; p) apuração dos crimes em detrimento de seus bens, serviços e interesses pela Polícia Federal, art. 144, § 1º, I; q) sujeição à lei orçamentária anual, art. 165, § 5º, I; r) sujeição a lei complementar sobre normas de gestão financeira e patrimonial, art. 165, § 9º, II; s) concessão de vantagens a servidores, criação de cargos, alteração de carreiras e admissão de pessoal condicionadas a prévia dotação orçamentária, art. 169, parágrafo único, I; t) anistia de servidores punidos e demitidos por motivos políticos, art. 8º § 5º, do ADCT; u) extinção de atos lavrados após a instalação da ANC, visando estabilidade de servidores admitidos sem concurso público, art. 18 do ADCT.

IV — Consequências práticas da distinção

Qual é, então, o efeito prático da distinção entre empresas públicas prestadoras de serviços públicos e empresas públicas dedicadas a atividades econômicas?

Conforme já foi mencionado, a finalidade do art. 173, § 1º, é a preservação da *livre iniciativa*, princípio declarado desde o art. 1º da Constituição (inciso IV). Com base nele, como conclusão geral, pode-se afirmar que é impossível atribuir às empresas públicas

econômicas *stricto sensu* qualquer privilégio estatal que prejudique a livre concorrência. Em contrapartida, desde que no interesse público, privilégios, prerrogativas ou ônus podem ser destinados exclusivamente a empresas públicas prestadoras de serviço público.

1. Obrigações trabalhistas e tributárias

Já vimos que, de acordo com o citado dispositivo, a empresa pública que explore atividade econômica sujeita-se ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto às *obrigações trabalhistas e tributárias*.

A primeira distinção entre as duas espécies de empre: é, portanto, quanto à possibilidade de, por lei, ser instituído para o pessoal das empresas prestadoras de serviço público regime jurídico com peculiaridades próprias, sem, com isto, restar desatendida a regra de isonomia (por exemplo, a instituição de alguma vantagem ou obrigação específica para seu pessoal). Em outros termos, as empresas públicas *econômicas* se submetem obrigatoriamente ao regime trabalhista das empresas privadas; as prestadoras de serviço público podem se submeter a esse mesmo regime, mas não necessariamente.

A segunda distinção, relativa às normas tributárias, no que diz respeito a privilégios está esvaziada pelo § 2º: «As empresas públicas e as sociedades de economia mista não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado». Restaria a hipótese da possibilidade de tratamento mais gravoso para as empresas prestadoras de serviço público, o que soa absurdo.

2. Obrigações civis

O item *obrigações* estava expresso na Constituição anterior. Reside aqui a maior importância da classificação. Os contratos realizados pelas empresas prestadoras de serviços públicos na sua atividade-fim são contratos administrativos, com o regime que é próprio desses contratos, particularmente a existência das chamadas cláusulas exorbitantes. Por outro lado, os serviços públicos se sujeitam a certos princípios (permanência, generalidade, eficiência, modicidade e cortesia), não obrigatórios na iniciativa privada, e os atos decorrentes de sua prestação, contrários à lei, podem dar ensejo a mandado de segurança.

A responsabilidade das pessoas jurídicas que prestam serviços públicos, por danos que seus agentes causem a terceiros, é de natureza *objetiva*, por força do art. 37, § 6º, da Constituição. A *contrario sensu*, as empresas públicas que desempenham atividade econômica em sentido estrito respondem, nesse caso, na forma da lei civil.

3. Garantia de débitos e sujeição a falência

O Prof. Hely Lopes Meirelles (*Op. cit.*, pág. 321) não faz distinção entre as espécies de empresas públicas ao ensinar que seus bens e rendas servem para garantir empréstimos e obrigações resultantes de suas atividades, sujeitando-se a execução por débitos, no mesmo plano dos negócios da iniciativa privada.

Celso Antônio Bandeira de Mello (*Op. cit.*, págs. 139/142), após afirmar que a extinção da empresa pública se faz por lei, «em obediência ao princípio de que um ato só

pode ser desfeito por outro de categoria igual ou superior», admite a possibilidade de *falência* desse tipo de entidade: «Se a empresa pública falir — e for prestadora de serviço público, bem entendido — naturalmente operar-se-á a reversão dos bens afetados à prestação do serviço, a fim de que possa haver a necessária continuidade do serviço público. Neste caso, tais bens que serviram de garantia aos credores para que se saciassem neles (dentro das possibilidades de cada qual), ficam subtraídos aos concorrentes à massa. Então, a solução correta será o Estado responder até o limite do valor dos bens revertidos».

Mais adiante acrescenta:

«Em suas relações com terceiros, as empresas públicas submetem-se ao regime comum das pessoas de direito privado, não contando com prerrogativas de autoridade ou benefícios especiais. Posto que seus bens não gozam de inalienabilidade, imprescritibilidade ou impenhorabilidade, tais entidades podem sofrer ação executiva, servindo seus haveres de garantia aos credores. Se insolventes, pode ser-lhes requerida a falência. Dando-se o caso de serem prestadoras de serviço público, terão, como qualquer outra concessionária, proteção especial para o serviço e para os bens a ele aplicados. Se falida a empresa, reverterão para o Poder Público. Como já ficou dito, o Estado, nesta hipótese, garantirá os créditos de origem contratual dos concorrentes à massa, até o limite do valor dos bens revertidos e responderá integralmente apenas pelos danos que a empresa falida haja causado a terceiros *no próprio exercício do serviço público*».

É de Diógenes Gasparini (*Direito Administrativo*, SP., Saraiva, 1989, pág. 194) a opinião de que o art. 178 do Decreto-Lei n. 200/67 contraria a Constituição quando autoriza a incorporação ou liquidação, por ato do Executivo, das empresas públicas que venham causando prejuízo continuado. Maria Sylvia Zanella di Pietro vai mais além, considerando esse dispositivo revogado pela atual Constituição (*Direito Administrativo*, SP., Atlas, 1981, 2ª ed., pág. 285).

Estabelece o art. 242 da Lei n. 6.404/76 que as sociedades de economia mista não estão sujeitas a falência, mas os seus bens são penhoráveis e executáveis, e a pessoa jurídica que as controla responde, subsidiariamente, pelas suas obrigações. Na opinião do Ministro Carlos Mário Velloso (*loc. cit.*) «as disposições dessa lei, atinentes às sociedades de economia mista aplicam-se, também, às empresas públicas que têm forma de sociedade anônima. Esta é também a opinião de Sérgio de André Ferreira. É de duvidosa constitucionalidade, entretanto, a norma do art. 242, que afasta as sociedades mistas da falência, no que tange às sociedades mistas que exploram atividade econômica em sentido estrito».

4. Possibilidade de criação por Estados e Municípios

Havia, no regime da Constituição anterior, impedimento para que os Estados e Municípios criassem empresas públicas destinadas à atividade econômica, pois a intervenção no domínio econômico, de que elas são instrumento, era privativa da União. Hoje, o que orienta a criação de empresas públicas, além da *segurança nacional*, por natureza

pertinente à União, é o *relevante interesse público, conforme definido em lei*. Assim, em princípio, não há restrição quanto à sua criação pelos Estados e Municípios.

V — Empresas híbridas

Diz Sérgio de Andréa Ferreira que «há um tipo de situação interessante: é aquela, por exemplo, do Banco do Brasil, que é companhia mista e exploradora de atividade econômica, mas que exerce algumas atribuições delegadas, alguns serviços públicos» (*Comentários à Constituição*, Freitas Bastos, 1991, 3ª v., pág. 333). Cita julgado do extinto TFR segundo o qual «quando o Banco do Brasil exerceu atividade de fiscalização das operações cambiais o fez por delegação da União; deste modo, a responsabilidade civil por prejuízo que, eventualmente, tenha sido causado a terceiro no exercício dessa atividade é da União».

Nesse caso, entendo que se deve ter em conta cada atividade concretamente exercida para imprimir-lhe regime jurídico público ou privado. A atribuição de regime de direito público, com prerrogativa de poder, visa a proteger o serviço, em função dos princípios que lhes são próprios, e não a entidade que o presta. Essa situação está prevista, conforme já foi mencionado, no art. 150, §§ 3º e 4º, da Constituição.

Na lição de Celso Antônio Bandeira de Mello (*Op. cit.*, pág. 132), «do mesmo modo que as sociedades de economia mista, quando constituídas para a prestação de serviços públicos, as empresas públicas encontram, para o *serviço em si*, prerrogativas e regime específico de direito público, protetor da atividade assim configurável. Contudo a própria pessoa, sociedade mista ou empresa pública, no caso, não absorvem para si os privilégios defensores do serviço».

Quando não for possível distinguir as situações (p. ex.: quanto ao regime trabalhista, que é único para toda a entidade), deve-se adotar na íntegra o regime das empresas privadas, pois, do contrário, ainda que parcialmente, restaria violada a regra do art. 173, § 1º.

De acordo com Hely Lopes Meirelles, «as funções públicas outorgadas ou delegadas, que os entes paraestatais venham a desempenhar, não alteram o regime laboral de seus empregados, nem lhes atribuem qualidade de servidor público capaz de os submeter às normas do direito administrativo» (*Op. cit.*, pág. 314).

Questão para debate:

Uma carreta (supermercado volante) da Companhia Nacional de Abastecimento, antiga Cobal, atropela um cidadão, pai de família, causando-lhe a morte. Seus dependentes ingressam com ação de indenização. O reconhecimento de responsabilidade da empresa depende de culpa?